

Huwelijk en geregistreerd partnerschap groeien steeds verder naar elkaar toe

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Centrum voor Notarieel Recht, Radboud Universiteit Nijmegen (nuytinck@kabelfoon.nl)

Tekst voor omslag van WPNR

De auteur gaat in op het concept-wetsvoorstel van 4 oktober 2011, dat strekt tot wijziging van Boek 1 BW en art. 815 Rv, mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap

1. Inleiding

Zoals de meeste lezers van dit tijdschrift bekend zal zijn, wordt het geregistreerd partnerschap niet afgeschaft, maar juist verder aangepast aan de wettelijke regeling van het huwelijk. Sterker nog: het enige cruciale verschil tussen huwelijk en geregistreerd partnerschap, gelegen in de afstammingsrechtelijke gevolgen, gaat verdwijnen, want ook het geregistreerd heteropartnerschap krijgt afstammingsrechtelijke gevolgen. Dit betekent dat de (overleden) mannelijke geregistreerde partner van de moeder ten tijde van de geboorte van het kind van rechtswege de juridische vader is.¹ Aldus hebben straks naast het heterohuwelijk ook het lesbisch huwelijk, het lesbisch geregistreerd partnerschap en het geregistreerd heteropartnerschap afstammingsrechtelijke gevolgen. Alleen het huwelijk van twee mannen en het geregistreerd partnerschap van twee mannen krijgen deze gevolgen niet. Voor mij is dit reden geweest ervoor te pleiten dat het geregistreerd partnerschap dan maar moet worden afgeschaft bij gebreke van essentiële verschillen met het huwelijk, uiteraard met behoud van de bestaande geregistreerde partnerschappen, die toch vanzelf uitsterven door overlijden, beëindiging met wederzijds goedvinden dan wel gerechtelijke ontbinding.² Het vorige kabinet heeft echter besloten tot handhaving van het geregistreerd partnerschap, ook al zijn daarvoor naar mijn mening meer psychologische en emotionele dan juridische redenen aan te voeren. Ik vind dan ook dat het vorige kabinet hiermee een verkeerde keuze heeft gemaakt. Hoe dit ook zij, deze discussie is al gevoerd en die ga ik hier niet nog eens dunnetjes overdoen. Ik

¹ Het wetsvoorstel lesbisch ouderschap (voluit: wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het juridisch ouderschap van de vrouwelijke partner van de moeder anders dan door adoptie), *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 1-4, regelt dat ook de (overleden) echtgenote of de (overleden) vrouwelijke geregistreerde partner van de moeder ten tijde van de geboorte van het kind van rechtswege de juridische moeder is naast de vrouw uit wie het kind is geboren, mits de in art. 1:198 lid 1, onder b, BW (nieuw) bedoelde verklaring wordt overgelegd aan de ambtenaar van de burgerlijke stand en mits het gaat om een aanvankelijk anonieme (en dus niet om een bekende) donor. Zie over de vorige versie van dit wetsvoorstel A.J.M. Nuytinck, 'Concept-wetsvoorstel lesbisch ouderschap: meemoeder wordt juridisch moeder van rechtswege of door erkenning', *WPNR* 2010-6841, p. 343-348. Overigens regelt het definitieve wetsvoorstel niet het ouderschap van de vrouwelijke geregistreerde partner van de moeder anders dan door adoptie. Wijzigingen die noodzakelijk zijn om dit te regelen, zullen bij afzonderlijk wetsvoorstel worden voorgesteld (aanpassingswet). Zie de memorie van toelichting, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 3, p. 2. Ik ga er echter van uit dat de vrouwelijke geregistreerde partner van de moeder zonder meer zal worden gelijkgesteld met de echtgenote van de moeder.

² Zie A.J.M. Nuytinck, 'Het geregistreerd partnerschap wordt niet afgeschaft. Jammer, een gemiste kans!', *WPNR* 2008-6751, p. 306-312.

richt mij in deze bijdrage op de verdere gelijkstelling van het geregistreerd partnerschap met het huwelijk, die het huidige kabinet noodzakelijk acht, mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap.³ Hiertoe is op 4 oktober 2011 een consultatieversie van een concept-wetsvoorstel met bijbehorende concept-memorie van toelichting op internet beschikbaar gesteld voor commentaar.⁴ Naast wijzigingen die noodzakelijk zijn om het geregistreerd partnerschap verder met het huwelijk gelijk te trekken, zijn o.a. het huwelijksrecht, het huwelijksvermogensrecht, het afstammingsrecht, het adoptierecht en het gezags- en omgangsrecht ook op andere punten inhoudelijk gewijzigd, terwijl van de gelegenheid gebruik is gemaakt om ook enige redactionele verbeteringen aan te brengen. De belangrijkste wijzigingen behandel ik hieronder per rechtsgebied.

2. Aanverwantschap

Art. 1:3 lid 3 BW wordt eindelijk aangepast.⁵ Nu luidt deze bepaling nog aldus, dat door ontbinding van het huwelijk de aanverwantschap niet wordt opgeheven. Straks heet het dat door ontbinding van het huwelijk of het geregistreerd partnerschap de aanverwantschap niet wordt opgeheven. Deze nieuwe redactie is niet geheel correct. Een geregistreerd partnerschap kan niet alleen worden ontbonden (art. 1:80c lid 1, aanhef en onder d, jo. art. 1:80e BW), maar ook worden beëindigd met wederzijds goedvinden (art. 1:80c lid 1, aanhef en onder c, jo. art. 1:80d BW). Laatstgenoemde rechtsfiguur moet uiteraard ook onder art. 1:3 lid 3 BW vallen. Daarom is het beter deze bepaling als volgt te wijzigen: ‘Door het eindigen van het huwelijk of van het geregistreerd partnerschap wordt de aanverwantschap niet opgeheven’. Op deze wijze wordt het woord ‘ontbinding’ vermeden, hetgeen ook beter aansluit bij de art. 1:80c lid 1, aanhef, en 149, aanhef, BW, welke beide bepalingen terecht het woord ‘eindigt’ gebruiken.⁶

3. Huwelijksrecht

In de thans geldende tekst van art. 1:58 leden 1 en 2 BW wordt blijkens de passage ‘alvorens tot de voltrekking van het huwelijk over te gaan’ de suggestie gewekt dat het de ambtenaar van de burgerlijke stand is die het huwelijk voltrekt. Dit is uiteraard onjuist, want het zijn de aanstaande echtgenoten zelf die het huwelijk voltrekken. Deze huwelijksvoltrekking vindt weliswaar plaats *ten overstaan van* de ambtenaar van de burgerlijke stand, maar niet *door* deze ambtenaar. Daarom komt de desbetreffende passage terecht te luiden: ‘alvorens tot de voltrekking van het huwelijk wordt overgegaan’.

³ *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 VI, nr. 32 en *Kamerstukken II* 2007/08, 31 200 VI, nr. 11.

⁴ Concept-wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering mede in verband met de evaluatie van de Wet openstelling huwelijk en de Wet geregistreerd partnerschap, te raadplegen op http://www.internetconsultatie.nl/wijziging_boek_1bw.

⁵ Zie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2009, nr. 15 en A.J.M. Nuytinck, ‘Het geregistreerd partnerschap wordt niet afgeschaft. Jammer, een gemiste kans!’, *WPNR* 2008-6751, p. 310-311, punt 10.

⁶ Het opschrift van titel 1.9 BW en dat van afdeling 1.9.1 BW spreken weer over ‘ontbinding van het huwelijk’. De wetgever doet er overigens verstandig aan van de gelegenheid gebruik te maken om in art. 1:80d lid 1, aanhef, en lid 3 BW, alsmede in art. 1:80e lid 1 BW, waarin in totaal driemaal wordt verwezen naar art. 1:80c BW, telkens ‘eerste lid’ in te lassen, nu laatstgenoemd artikel drie leden heeft.

Naar huidig recht kan de nietigverklaring van het huwelijk op grond dat de echtgenoten niet de vereisten in zich verenigden om tezamen een huwelijk aan te gaan, worden verzocht door (onder anderen) de bloedverwanten in de opgaande lijn van een der echtgenoten,⁷ dus de ascendenten (ouders, grootouders en overgrootouders, maar in de praktijk alleen ouders). Naar komend recht komen de bloedverwanten in de nederdalende lijn van een der echtgenoten erbij, dus de descendenten (kinderen, kleinkinderen en achterkleinkinderen, maar in de praktijk zullen dit alleen kinderen zijn). In art. 1:69 lid 1, onder a, BW worden de woorden ‘in de opgaande lijn’ dan ook vervangen door de woorden ‘in de rechte lijn’. Nu hebben de kinderen weliswaar deze bevoegdheid ook al, maar alleen indien zij daarbij een onmiddellijk rechtsbelang hebben en alleen na de ontbinding van het huwelijk (art. 1:69 lid 1, onder c, BW). In de toelichting⁸ geeft de staatssecretaris aan dat de in art. 1:29 BW genoemde Commissie van advies voor de zaken betreffende de burgerlijke staat en de nationaliteit heeft geadviseerd tot de onderhavige wetswijziging en dat het in de rede ligt dat de bevoegdheid in een voorkomend geval met name zal worden benut als door de ouders van het kind niet aan het vereiste van art. 1:32 BW zou zijn voldaan (de geestvermogens van een ouder zijn zodanig gestoord, dat deze niet in staat is zijn of haar wil te bepalen of de betekenis van zijn of haar verklaring te begrijpen). De bepaling vormt aldus volgens de staatssecretaris een aanvulling op het instrumentarium dat voor de bescherming van kwetsbare ouderen ter beschikking staat.

4. Huwelijksvermogensrecht

Binnen het huwelijksvermogensrecht worden twee bepalingen gecorrigeerd, te weten de art. 1:104 lid 2 en 141 lid 6 BW, die er in hun huidige redactie ten onrechte van uitgaan dat scheiding van tafel en bed tot stand komt door het in kracht van gewijsde gaan van de scheidingsbeschikking. Sinds de wetswijziging van 2001⁹ komt scheiding van tafel en bed echter zowel intern als extern, dus zowel tussen de echtgenoten onderling als tegenover derden, tot stand door de inschrijving van de in kracht van gewijsde gegane scheidingsbeschikking in het huwelijksgoederenregister (art. 1:173 jo. art. 1:116 BW).¹⁰ De thans voorgestelde wijziging van art. 1:104 lid 2, tweede volzin, BW – vervanging van de in kracht van gewijsde gegane scheidingsbeschikking door de inschrijving daarvan in het in art. 1:116 BW bedoelde huwelijksgoederenregister – is inmiddels achterhaald door de reparatiewet ter zake van het nieuwe huwelijksvermogensrecht.¹¹ In verband met de vervroeging van het tijdstip van ontbinding van de huwelijksgemeenschap tot het tijdstip waarop het scheidingsverzoek bij de rechtbank is ingediend (art. 1:99 lid 1, onder c, BW),

⁷ Of van een der geregistreerde partners als het gaat om de nietigverklaring van de partnerschapsregistratie (art. 1:80a lid 7 jo. art. 1:69 lid 1, aanhef en onder a, BW).

⁸ Concept-memorie van toelichting, p. 3-4.

⁹ Wet van 13 december 2000, *Stb.* 2001, 11, wat het onderdeel scheiding van tafel en bed betreft in werking getreden op 1 juni 2001, tot wijziging van de regeling in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het naamrecht, de voorkoming van schijnhuwelijken en het tijdstip van de totstandkoming van de scheiding van tafel en bed alsmede van enige andere wetten.

¹⁰ Hetzelfde geldt overigens ook voor de verzoening (art. 1:176 jo. art. 1:116 BW).

¹¹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 870, nr. 2, p. 2 (onderdeel G), tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek tot aanpassing van artikel 97 en reparatie van enkele technische onvolkomenheden die zijn opgetreden bij de totstandkoming van de Wet aanpassing wettelijke gemeenschap van goederen.

komt art. 1:104 lid 2, tweede volzin, BW aldus te luiden, dat de termijn waarbinnen de in laatstgenoemd artikel bedoelde akte van afstand (van de ontbonden huwelijksgemeenschap) moet zijn ingeschreven in het huwelijksgoederenregister, eindigt drie maanden nadat het verzoek tot scheiding van tafel en bed bij de rechtbank is ingediend. Dit betekent dus dat het onderdeel van het concept-wetsvoorstel dat art. 1:104 lid 2 BW wijzigt, in het definitieve wetsvoorstel moet vervallen.

In art. 1:141 lid 6, eerste volzin, BW betreffende periodieke verrekenbedingen wordt de passage ‘het onherroepelijk worden van de beschikking tot scheiding van tafel en bed’ wél terecht gewijzigd in de inschrijving van de scheidingsbeschikking in het huwelijksgoederenregister van art. 1:116 BW, zij het dat in het concept-wetsvoorstel ‘door de inschrijving’ moet worden vervangen door ‘na de inschrijving’. Bovendien moet in art. 1:141 lid 6, eerste volzin, BW ‘vordering’ worden vervangen door ‘rechtsvordering’, nu in deze bepaling het onderwerp verjaring aan de orde is en alleen een rechtsvordering, dus niet een vordering(srecht), kan verjaren.

5. Afstammingsrecht

De kern van het concept-wetsvoorstel is gelegen in de wijziging van het afstammingsrecht, te weten de aanvulling van art. 1:199, onder a en b, BW met het geregistreerd heteropartnerschap. Hierdoor krijgt ook het geregistreerd heteropartnerschap afstammingsrechtelijke gevolgen in die zin, dat van rechtswege familierechtelijke betrekkingen ontstaan tussen de mannelijke geregistreerde partner en het uit het geregistreerd heteropartnerschap geboren kind, zodat deze man het kind niet meer hoeft te erkennen. Op grond van het wetsvoorstel lesbisch ouderschap krijgen ook het lesbisch huwelijk en het lesbisch geregistreerd partnerschap afstammingsrechtelijke gevolgen in die zin, dat van rechtswege familierechtelijke betrekkingen ontstaan tussen de meemoeder en het binnen het lesbisch huwelijk of binnen het lesbisch geregistreerd partnerschap geboren kind, terwijl in geval van ongehuwd en ongeregistreerd samenwonen de meemoeder het kind kan erkennen.¹² Voor de duidelijkheid geef ik hier de nieuwe formulering van art. 1:199, aanhef en onder a en b, BW weer.

Vader van een kind is de man:

- a. die op het tijdstip van de geboorte van het kind met de vrouw uit wie het kind is geboren, is gehuwd of door een geregistreerd partnerschap is verbonden;
- b. wiens huwelijk of geregistreerd partnerschap met de vrouw uit wie het kind is geboren, binnen 306 dagen voor de geboorte van het kind door zijn dood is ontbonden, zelfs indien de moeder was hertrouwd of een nieuw partnerschap had laten registreren; indien echter de vrouw sedert de 306de dag voor de geboorte van het kind was gescheiden van tafel en bed of zij en haar echtgenoot of geregistreerde partner sedert dat tijdstip gescheiden hebben geleefd, kan de vrouw binnen een jaar na de geboorte van het kind ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand verklaren dat haar overleden echtgenoot of geregistreerde partner niet de vader is van het kind, van welke verklaring een akte wordt opgemaakt; was de moeder op het tijdstip van de geboorte hertrouwd of had zij een nieuw partnerschap laten registreren, dan is de huidige echtgenoot of geregistreerde partner de vader van het kind.

¹² Zie de inleiding hierboven onder punt 1 en voetnoot 1.

Binnen art. 1:204 lid 1 BW betreffende de nietigheid van de erkenning wordt onderdeel a gewijzigd en komt onderdeel e te vervallen. Op grond van het nieuwe onderdeel a is de erkenning voortaan nietig, niet alleen indien zij is gedaan door een man die krachtens art. 1:41 BW (wegens te nauwe bloedverwantschap) geen huwelijk met de moeder mag sluiten, maar ook indien zij is gedaan door een man die krachtens art. 1:80a lid 6 jo. art. 1:41 BW geen partnerschap met de moeder mag laten registreren. Naar huidig recht is de erkenning in beginsel ook nietig, indien zij is gedaan door een man die op het tijdstip van de erkenning is gehuwd met een andere vrouw dan de moeder van het kind; alleen de rechtbank kan onder omstandigheden deze nietigheid voorkomen (art. 1:204 lid 1, aanhef en onder e, BW). Onderdeel e wordt geschrapt, waartoe ook de Commissie van advies voor de zaken betreffende de burgerlijke staat en de nationaliteit heeft geadviseerd.¹³ Wat de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap betreft, wordt art. 1:207 lid 2, onder b, BW aangevuld op dezelfde wijze als art. 1:204 lid 1, onder a, BW: vaststelling van het vaderschap kan niet geschieden, indien tussen de man en de moeder van het kind krachtens art. 1:41 BW geen huwelijk zou mogen worden gesloten of krachtens art. 1:80a lid 6 jo. art. 1:41 BW geen partnerschap zou mogen worden geregistreerd.

6. Adoptierecht

De in art. 1:227 lid 3 BW opgenomen algemene adoptievoorwaarde ‘niets meer van zijn ouder of ouders in de hoedanigheid van ouder hebben te verwachten’ wordt in art. 1:227 lid 4 BW uitgeschakeld voor zover het gaat om een kind van duomoeders, dat is verwekt met het zaad van een aanvankelijk anonieme donor. Gaat het om een bekende donor, dan blijft art. 1:227 lid 3 BW onverkort van toepassing.¹⁴ Dat het moet gaan om een aanvankelijk anonieme donor, blijkt thans niet met zoveel woorden uit de wettekst. Daarom wordt in het concept-wetsvoorstel van de door de Stichting donorgegevens kunstmatige bevruchting afgegeven verklaring als bedoeld in art. 1:227 lid 4 BW uitdrukkelijk gezegd dat daarin de persoonsidentificerende gegevens van de donor (dus diens geslachtsnaam, voornamen, geboortedatum en woonplaats op grond van art. 2 lid 1, onder c, Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting) niet worden opgenomen. Volgens de staatssecretaris strekt de voorgestelde toevoeging tot bevestiging dat het kind is verwekt met anoniem donorzaad, en legitimeert deze het jegens de donor hanteren van de toetsingsgrond van art. 1:227 lid 4 BW, omdat er jegens hem van kan worden uitgegaan dat hij geen inhoudelijke rol in het leven van het kind wil spelen.¹⁵

¹³ Concept-memoriet van toelichting, p. 5.

¹⁴ Zie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2009, nr. 193, p. 193. De regel van art. 1:227 lid 4 BW is geïntroduceerd door de Wet van 24 oktober 2008, *Stb.* 2008, 425, in werking getreden op 1 januari 2009, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met verkorting van de adoptieprocedure en wijziging van de Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie in verband met adoptie door echtgenoten van gelijk geslacht tezamen.

¹⁵ Concept-memoriet van toelichting, p. 6. Dit is ook in overeenstemming met de nieuwe tekst van art. 1:198 lid 1, onder b, BW volgens het in voetnoot 1 genoemde wetsvoorstel lesbisch ouderschap, *Kamerstukken II* 2011/12, 33 032, nr. 2, p. 2-3 (onderdeel G), in het bijzonder de passage ‘dat de identiteit van de donor aan de vrouw bij wie de kunstmatige donorgebevruchting heeft plaatsgevonden, onbekend is’.

In een nieuw in te voegen art. 1:229 lid 4 BW¹⁶ wordt geregeld dat de adoptiefouders die niet met elkaar zijn gehuwd of door een geregistreerd partnerschap zijn verbonden, door adoptie het gezag over de geadopteerde gezamenlijk uitoefenen. Naar huidig recht is dit niet expliciet in de wet bepaald, maar in de praktijk en de literatuur wordt over het algemeen aangenomen dat adoptie gezamenlijk gezag tot gevolg heeft niet alleen wanneer de adoptanten met elkaar zijn gehuwd of geregistreerd (art. 1:251 lid 1 en 253aa lid 1 BW), maar ook wanneer zij ongehuwd en ongeregistreerd met elkaar samenwonen. Omdat in enkele gevallen evenwel is beslist dat adoptie in laatstgenoemde situatie geen gezamenlijk gezag tot gevolg heeft, is het verstandig dat de wetgever uitdrukkelijk bepaalt dat dit wél zo is, zodat de ongehuwde en ongeregistreerde adoptanten niet nog eens de procedure van art. 1:252 jo. art. 1:244 BW (gezamenlijk gezag via aantekening in het gezagsregister ter griffie van de rechtbank) behoeven te doorlopen. Overigens vind ik zelf dat de thans voorgestelde wettelijke bepaling het geldend recht weergeeft.

7. Gezags- en omgangsrecht

Het gezagsregister berust naar huidig recht bij de griffie van de rechtbank (art. 1:244 BW). Het concept-wetsvoorstel voegt hieraan toe dat dit register ook op een andere bij algemene maatregel van bestuur aan te wijzen plaats of plaatsen kan berusten. De staatssecretaris treft namelijk voorbereidingen om het gezagsregister centraal te ontsluiten en in ieder geval ook meer centraal te gaan houden. Op deze wijze zal volgens hem het register gemakkelijker raadpleegbaar zijn, zowel voor gerechtelijke en andere instanties alsook voor de burger. De staatssecretaris verwijst voor een soortgelijke aanpak naar de art. 1:116 lid 3 en 4:186 lid 4 BW (huwelijksgoederenregister en erfrechtelijk boedelregister).¹⁷

Het concept-wetsvoorstel vervangt de in art. 1:247 leden 4 en 5 BW voorkomende passage ‘het beëindigen van het geregistreerd partnerschap’ terecht door ‘de ontbinding van het geregistreerd partnerschap’, omdat in deze beide bepalingen het gezag over minderjarige kinderen aan de orde is en in dit geval beëindiging van het geregistreerd partnerschap met wederzijds goedvinden niet mogelijk is; alleen een gerechtelijke ontbinding van het geregistreerd partnerschap is dan mogelijk op grond van art. 1:80c lid 3 BW. De in het concept-wetsvoorstel voorgestelde toevoeging van de woorden ‘anders dan door de dood’ na ‘de ontbinding van het geregistreerd partnerschap’ in art. 1:247 lid 4 BW zou achterwege kunnen blijven als de wetgever wat deze ontbinding betreft verwijst naar art. 1:80c lid 1, onder d, jo. art. 1:80e BW.

Ongehuwd en ongeregistreerd samenwonenden moeten in geval van feitelijke scheiding een ouderschapsplan opstellen, indien zij beiden juridische ouders zijn en een aantekening van gezamenlijk gezag in het gezagsregister is geplaatst. Daartoe verwijst art. 1:247a BW thans slechts naar art. 815 lid 2 Rv. Het gaat echter vooral om de inhoud van het ouderschapsplan als bedoeld in art. 815 lid 3 Rv. Daarom verwijst het concept-wetsvoorstel terecht naar de beide leden. Het is evenzeer juist dat het concept-wetsvoorstel in art. 815 lid 2, aanhef, Rv een

¹⁶ Het huidige art. 1:229 lid 4 BW wordt vernummerd tot art. 1:229 lid 5 BW.

¹⁷ Concept-memorie van toelichting, p. 6-7.

‘door beide echtgenoten ondertekend’ ouderschapsplan vereist. Aldus wordt duidelijker tot uitdrukking gebracht dat het ouderschapsplan een (familierechtelijke) overeenkomst is. Art. 1:253a BW bevat een geschillenregeling in geval van gezamenlijke uitoefening van het gezag. Art. 1:253a lid 4, eerste volzin, BW houdt een schakelbepaling in, die de art. 1:377a lid 4, 377e en 377g BW betreffende het omgangsrecht van overeenkomstige toepassing verklaart op deze geschillenregeling. Het concept-wetsvoorstel vervangt de verwijzing naar art. 1:377a lid 4 BW door een verwijzing naar art. 1:377a lid 3 BW. Dit voorstel is pertinent onjuist. De verwijzing naar art. 1:377a lid 4 BW moet gewoon vervallen, zodat in de genoemde schakelbepaling alleen een verwijzing naar de art. 1:377e en 377g BW overblijft. De motivering van mijn opvatting heb ik reeds in ander verband gegeven¹⁸ en deze zal ik hier niet herhalen.

Art. 1:253n BW regelt de omzetting van gezamenlijk gezag in eenhoofdig gezag, die onder bepaalde omstandigheden mogelijk is. Thans verwijst art. 1:253n lid 1 BW o.a. naar het gezamenlijk gezag, bedoeld in art. 1:251a lid 1 BW. Dit is uiteraard een foute verwijzing, want laatstgenoemde bepaling betreft nu juist het eenhoofdig gezag, dat mogelijk is indien is voldaan aan het klemcriterium of aan het noodzakelijkheidscriterium. Bedoeld is vanzelfsprekend een verwijzing naar art. 1:251 lid 2 BW betreffende doorlopend gezamenlijk gezag van de ouders na hun echtscheiding of scheiding van tafel en bed. Het concept-wetsvoorstel corrigeert deze fout.

De laatste belangrijke wijziging in het gezagsrecht heeft betrekking op de toevoeging van de aantekening in het gezagsregister aan de testamentaire voogdijbeschikking van art. 1:292 BW. Zoals bekend, kan een ouder bij uiterste wilsbeschikking bepalen welke persoon dan wel welke twee personen na zijn dood voortaan als voogd onderscheidenlijk als gezamenlijke voogden het gezag over zijn kinderen zal of zullen uitoefenen (art. 1:292 lid 1 BW). Het concept-wetsvoorstel bepaalt dat dit niet alleen mogelijk is bij uiterste wilsbeschikking, maar ook door hiervan aantekening te laten opnemen in het gezagsregister van art. 1:244 BW. In de toelichting¹⁹ wordt hiervoor de volgende motivering gegeven. Gebleken is, aldus de staatssecretaris, dat voor veel ouders de gang naar de notaris voor het laten opmaken van een testament om een of twee personen als voogd aan te wijzen een brug te ver is. Dit betekent dat voor een aanzienlijk aantal kinderen onduidelijk zal zijn aan wie zij zullen worden toevertrouwd ingeval hun ouders onverhoopt komen te overlijden. De voorgestelde wijziging van art. 1:292 BW biedt ouders een alternatief voor de regeling van de testamentaire voogdij. De staatssecretaris geeft ook al aan hoe deze aantekening in het gezagsregister in de praktijk haar beslag zal krijgen: de ouder kan de voogdijbenoeming regelen met behulp van een door hem in te vullen modelformulier, waarvan de ontwikkeling zal geschieden onder auspiciën van de Raad voor de rechtspraak. Ik heb toch wel enige aarzeling bij dit voorstel, omdat in geval van een testamentaire voogdijbeschikking de notaris uitleg kan geven over de voogdijbenoeming. Zo kan hij aan de ouders het verschil uitleggen tussen de benoeming van één voogd en die van twee voogden, te weten op het punt van de onderhoudsplicht van art.

¹⁸ Ter gelegenheid van mijn annotatie van HR 21 mei 2010, LJN: BL7407, *NJ* 2010, 398 (concl. A-G F.F. Langemeijer), m.nt. S.F.M. Wortmann; zie A.J.M. Nuytinck, ‘Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding en overgangsrecht’, *AA* 2010, p. 601-605 (archieffcode: AA20100601), in het bijzonder p. 605, punt 5.

¹⁹ Concept-memorie van toelichting, p. 8.

1:282 lid 6 BW, die geldt in geval van gezamenlijke voogdij, maar niet in geval van eenhoofdige voogdij. Wie gaat deze voorlichting geven ter gelegenheid van de aantekening van het modelformulier in het gezagsregister? Is dit de griffier van de rechtbank? Het lijkt mij het verstandigst dat uitleg hieromtrent wordt gegeven in het te ontwerpen modelformulier zelf dan wel in een van overheidswege ter griffie van de rechtbank te verstrekken voorlichtingsfolder. Gelukkig vereist art. 1:280, onder a, BW een bereidverklaring de voogdij te aanvaarden, zodat twee voogden die geen zin hebben in een onderhoudsplicht, na het overlijden van de ouder die hen heeft benoemd, altijd nog de voogdij kunnen weigeren. Het concept-wetsvoorstel voegt ten slotte een conflictregel toe in art. 1:292 lid 4 BW: heeft een ouder bij beschikking en bij aantekening verschillende voogden aangewezen, dan heeft de laatst gedane aanwijzing gevolg. Dit is een verstandige regel, waarvan het belang blijkt uit het door de staatssecretaris gegeven voorbeeld van een ouder die kan nalaten de door hem in zijn testament getroffen voogdijvoorziening te wijzigen en die een nieuwe aanwijzing in het gezagsregister kan laten opnemen, zodat dan de vraag kan rijzen welke aanwijzing moet worden gevolgd. Nu is duidelijk dat de recentste aanwijzing gevolg heeft.

8. Advies aan de staatssecretaris

Helaas wijzigt het concept-wetsvoorstel de art. 1:253aa lid 2 en 253sa lid 2 BW niet. Daarom beëindig ik deze bijdrage met een dringend advies aan de staatssecretaris van de gelegenheid gebruik te maken ook deze beide bepalingen te wijzigen. Zij betreffen immers het geregistreerd partnerschap en een wijziging daarvan past dan ook goed in dit wetsvoorstel. Wat is het geval? Sinds 2002²⁰ – maar vooral de laatste jaren – word ik in de postacademische cursussen personen- en familierecht, in het bijzonder in de verdiepingscursussen gezags- en omgangsrecht, steeds vaker geconfronteerd met advocaten die (ten onrechte) beweren dat na de ontbinding van het geregistreerd partnerschap het gezamenlijk gezag door de rechter moet (dus niet: kan) worden beëindigd en door hem moet (dus niet: kan) worden omgezet in eenhoofdig gezag. Als ik hun vervolgens de vraag stel hoe zij tot deze onjuiste conclusie komen, antwoorden zij hierop dat dit gewoon in de wet staat, te weten in de art. 1:253aa lid 2 en 253sa lid 2 BW, welke beide bepalingen immers o.a. art. 1:251 lid 2 BW (doorlopend gezamenlijk gezag na scheiding) uitschakelen, zodat er eenhoofdig gezag moet komen. Natuurlijk is deze redenering fout, want het gezamenlijk gezag loopt ook hier gewoon door behoudens de mogelijkheid (dus niet: de verplichting) om het gezamenlijk gezag via art. 1:253n BW om te zetten in eenhoofdig gezag, zoals ook blijkt uit de memorie van toelichting bij de wetwijziging van 2002, die de art. 1:253aa en 253sa BW in de wet heeft geïntroduceerd.²¹ Deze advocaten zien hierbij over het hoofd dat art. 1:251 lid 2 BW (en ook art. 1:251a leden 2 en 3 BW) alleen om een formele reden moest worden uitgeschakeld, te weten omdat scheiding van tafel en bed, genoemd in art. 1:251 lid 2 BW (en scheiding van

²⁰ Wet van 4 oktober 2001, *Stb.* 2001, 468, in werking getreden op 1 januari 2002, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met het gezamenlijk gezag van rechtswege bij geboorte tijdens een geregistreerd partnerschap, enigszins gecorrigeerd door de Wet van 9 oktober 2008, *Stb.* 2008, 410, in werking getreden op 28 februari 2009, tot wijziging van enige bepalingen van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het geregistreerd partnerschap, de geslachtsnaam en het verkrijgen van gezamenlijk gezag.

²¹ Zie de vorige voetnoot en *Kamerstukken II* 1999/2000, 27 047, nr. 3, p. 4 voor wat betreft art. 1:253aa lid 2 BW en p. 4-5 voor wat betreft art. 1:253sa lid 2 BW.

tafel en bed, alsmede ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed, genoemd in art. 1:251a lid 2 BW), niet mogelijk is in geval van een geregistreerd partnerschap.²² Aan deze advocaten moet echter wél worden toegegeven dat zij door de wetgever zelf op het verkeerde been worden gezet, waardoor hun foute a contrario-redenering gemakkelijk kan worden verklaard. Dit is helaas een stukje onzorgvuldige en slordige wetgeving. De wetgever had in de art. 1:253aa lid 2 en 253sa lid 2 BW geen bepalingen moeten uitschakelen, maar gewoon volledig moeten uitschrijven wat hij precies bedoelt, te weten dat na ontbinding van het geregistreerd partnerschap het gezamenlijk gezag doorloopt behoudens een mogelijke (en geen verplichte; zie immers terecht de discretionaire bevoegdheid van de rechter in art. 1:253n lid 1 BW blijkens de woorden ‘kan de rechtbank het gezamenlijk gezag (...) beëindigen’) toepassing van art. 1:253n BW. Anders gezegd: wat zo goed in de memorie van toelichting staat, is onjuist verwoord in de art. 1:253aa lid 2 en 253sa lid 2 BW en dit moet alsnog in de beide laatstgenoemde bepalingen worden rechtgezet. Dit wetsvoorstel is hiervoor de gelegenheid bij uitstek en ik hoop dan ook dat de staatssecretaris mijn dringend advies ter harte neemt in het definitieve wetsvoorstel. Overigens is het ook zeer merkwaardig dat art. 1:251a lid 3 BW wordt *uitgeschakeld* in de art. 1:253aa lid 2 en 253sa lid 2 BW, terwijl art. 1:251a lid 3 BW weer wordt *ingeschakeld* in art. 1:253n lid 2 BW, welke laatstgenoemde bepaling blijkens de reeds genoemde memorie van toelichting van toepassing is op de art. 1:253aa lid 2 en 253sa lid 2 BW. Ik denk dat de lezers dit inmiddels niet meer kunnen volgen en nu afhaken. Verwonderlijk is dit niet. Het gezagsrecht van titel 1.14 BW is er de laatste tien à vijftien jaren bepaald niet eenvoudiger op geworden, zeker niet na de komst van het geregistreerd partnerschap in 1998. Het is juridisch-technisch gezien ongetwijfeld het ingewikkeldste onderdeel van het personen- en familierecht geworden.²³ Toch waag ik een poging tot een verbeterde redactie van de beide laatstgenoemde bepalingen.

Art. 1:253aa lid 2 BW komt te luiden als volgt.

De bepalingen met betrekking tot het gezamenlijk gezag van gehuwde en gehuwd geweest zijnde ouders zijn van overeenkomstige toepassing, met uitzondering van het omtrent scheiding van tafel en bed en ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed bepaalde. Na ontbinding van het geregistreerd partnerschap als bedoeld in artikel 80c, eerste lid, onder d, blijven de ouders die gezamenlijk het gezag hebben, dit gezag gezamenlijk uitoefenen.

Art. 1:253sa lid 2 BW komt te luiden als volgt.

De bepalingen met betrekking tot het gezamenlijk gezag van gehuwde en gehuwd geweest zijnde ouders zijn van overeenkomstige toepassing, voor wat betreft het in het vorige lid bedoeld geregistreerd partnerschap met uitzondering van het omtrent scheiding van tafel en bed en ontbinding van het huwelijk na scheiding van tafel en bed bepaalde. Na ontbinding van het geregistreerd partnerschap als bedoeld in artikel 80c, eerste lid, onder d, blijven de ouder en zijn geregistreerde partner die niet de ouder is, dit gezag gezamenlijk uitoefenen.

²² Aldus M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2009, nr. 210a, slot, p. 224 en nr. 218b, slot, p. 234. Overigens is in geval van het in art. 1:253sa lid 1 BW bedoeld lesbisch huwelijk (ontbinding van het huwelijk na) scheiding van tafel en bed wél mogelijk, zodat in zoverre de uitschakeling in art. 1:253sa lid 2, slot, BW van de art. 1:251 lid 2 en 251a leden 2 en 3 BW onjuist is.

²³ Ik hoef in dit verband alleen maar te wijzen op mijn grote gezagschema; zie A.J.M. Nuytinck, ‘De complexiteit van de gezagsregeling’, *FJR* 2002, p. 190-191.

Deze redactie betreffende het geregistreerd partnerschap sluit zoveel mogelijk aan bij de redactie van art. 1:251 lid 2 BW betreffende het huwelijk. De bedoeling om het omtrent (ontbinding van het huwelijk na) scheiding van tafel en bed bepaalde uit te sluiten blijkt nu ook met zoveel woorden uit de wettekst. Uit de eerste volzin van de beide door mij voorgestelde bepalingen blijkt dat o.a. ook art. 1:253n BW van overeenkomstige toepassing is. Deze eerste volzin is ook wat art. 1:253sa lid 2 BW betreft noodzakelijk. Weliswaar bevat art. 1:253v lid 3, eerste volzin, BW al een schakelbepaling waarin art. 1:253n BW van overeenkomstige toepassing wordt verklaard, maar formeel geldt art. 1:253v BW alleen voor het gezamenlijk gezag in de zin van art. 1:253t BW blijkens zijn plaatsing in paragraaf 2 van afdeling 1.14.3A BW. Art. 1:253sa BW maakt daarentegen deel uit van paragraaf 1 van afdeling 1.14.3A BW. Het zou naar mijn mening beter zijn geweest als de wetgever ter gelegenheid van de wetwijziging van 2002 art. 1:253v BW naar paragraaf 3 van afdeling 1.14.3A BW had verplaatst. Laatstgenoemde paragraaf bevat immers gemeenschappelijke bepalingen inzake het gezamenlijk gezag van een ouder tezamen met een ander dan een ouder, die dus zowel voor het gezamenlijk gezag van rechtswege (art. 1:253sa BW) als voor het gezamenlijk gezag krachtens rechterlijke beslissing (art. 1:253t BW) gelden. Ik zie niet in waarom de meeste in art. 1:253v BW genoemde bepalingen wél van overeenkomstige toepassing moeten worden verklaard op de situatie van art. 1:253t BW, maar niet op die van art. 1:253sa BW. De plaatsing van art. 1:253v BW in paragraaf 2 van afdeling 1.14.3A BW strookt ook niet met de tekst en de ratio van art. 1:245 lid 5 BW, op grond waarvan het gezag van de ouder die dit krachtens art. 1:253sa BW of krachtens een rechterlijke beslissing overeenkomstig art. 1:253t BW samen met een ander dan een ouder uitoefent, wordt aangemerkt als ouderlijk gezag dat door ouders gezamenlijk wordt uitgeoefend, tenzij uit een wettelijke bepaling het tegendeel voortvloeit.

9. Conclusie

Gegeven de bedoeling van de wetgever om huwelijk en geregistreerd partnerschap steeds verder naar elkaar te laten toegroeien, kan ik concluderen dat hij hierin met het onderhavige concept-wetsvoorstel goed is geslaagd. Enkele ongerechtigheden moeten evenwel in het definitieve wetsvoorstel worden hersteld. Wat de aanverwantschap betreft, moet in art. 1:3 lid 3 BW naast de terechte toevoeging van het geregistreerd partnerschap ‘ontbinding’ worden vervangen door ‘het eindigen’. Wat het huwelijksvermogensrecht betreft, moet de voorgestelde wijziging van art. 1:104 lid 2 BW worden geschrapt en moeten in art. 1:141 lid 6, eerste volzin, BW twee kleine correcties worden aangebracht. Wat het gezags- en omgangsrecht betreft, moet de voorgestelde vervanging van de verwijzing in art. 1:253a lid 4, eerste volzin, BW naar art. 1:377a lid 4 BW door een verwijzing naar art. 1:377a lid 3 BW worden geschrapt, omdat deze verwijzing gewoon moet vervallen. Ten slotte moeten, wederom wat het gezags- en omgangsrecht betreft, de art. 1:253aa lid 2 en 253sa lid 2 BW worden gewijzigd teneinde de rechtspraktijk absolute zekerheid te bieden met betrekking tot het automatisch doorlopen van gezamenlijk gezag na ontbinding van het geregistreerd partnerschap. Een proeve van wettekst voor beide laatstgenoemde bepalingen heb ik er al bijgeleverd.